

RESOLUCIÓN

R/AJ/112/21 SOCIEDAD ESTATAL CORREOS Y TELÉGRAFOS

CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA

Presidente

D^a. Cani Fernández Vicién

Consejeros

D^a. María Ortiz Aguilar

D^a. María Pilar Canedo Arrillaga

D. Carlos Aguilar Paredes

D. Josep María Salas Prat

Secretario del Consejo

D. Miguel Bordiu García-Ovies

En Barcelona, a 16 de noviembre de 2021.

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, con la composición expresada, ha dictado la siguiente Resolución en el Expediente R/AJ/112/21 SOCIEDAD ESTATAL CORREOS Y TELÉGRAFOS, por la que se resuelve el recurso administrativo interpuesto por la SOCIEDAD ESTATAL CORREOS Y TELÉGRAFOS, S.A, S.M.E (en adelante **CORREOS**), al amparo del artículo 47 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (**LDC**), contra el acuerdo de la Dirección de Competencia de 14 de septiembre de 2021, de denegación del inicio de las actuaciones tendentes a la terminación convencional en el ámbito del expediente S/DC/0041/19 CORREOS 3.

I. ANTECEDENTES

1. El 20 de noviembre de 2019, la Dirección de Competencia incoó expediente sancionador S/DC/0041/19 CORREOS 3, por supuestas prácticas restrictivas de la competencia, prohibidas por los artículos 2 de la LDC y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), consistentes en la aplicación, por parte de CORREOS, de descuentos que habrían perseguido la fidelización de los clientes del mercado de servicios postales tradicionales de carta a remitentes

masivos de correo, con un efecto exclusionario en dicho mercado, al menos desde el año 2015 hasta el año 2019.

2. El 30 de julio de 2021, de acuerdo con lo previsto en el artículo 50.3 de la LDC, la Dirección de Competencia formuló Pliego de Concreción de Hechos (PCH), el cual fue notificado a CORREOS y a la ASOCIACIÓN PROFESIONAL DE EMPRESAS DE MERCADO Y MANIPULADO DE CORRESPONDENCIA (ASEMPRE) los días 2 y 4 de agosto de 2021, respectivamente.
3. El 2 de septiembre de 2021 tuvo entrada en la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) escrito de alegaciones de CORREOS al PCH, en el que se incluía una solicitud subsidiaria de inicio de actuaciones tendentes a la terminación convencional del procedimiento en curso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 52 de la LDC y en el artículo 39 del Reglamento de Defensa de la Competencia, aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero (RDC).
4. El 14 de septiembre de 2021, la Dirección de Competencia dictó acuerdo de denegación del inicio de actuaciones tendentes a la terminación convencional.
5. El 20 de septiembre de 2020, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 47 de la LDC, y dentro del plazo de 10 días hábiles que establece el precepto, tuvo entrada en la CNMC escrito de recurso de CORREOS contra el acuerdo de la Dirección de Competencia de 14 de septiembre de 2021.
6. El 30 de septiembre de 2021 la Dirección de Competencia emitió el preceptivo informe sobre el recurso.
7. El 5 de octubre de 2021, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC acordó admitir a trámite el recurso de CORREOS y le concedió un plazo de 15 días para que, previo acceso al expediente, pudiera formular alegaciones.
8. El día 6 de octubre de 2021 CORREOS tuvo acceso al expediente.
9. El 28 de octubre de 2021 tuvo entrada en el registro de la CNMC escrito de alegaciones complementarias de CORREOS.
10. La Sala de Competencia del Consejo de la CNMC deliberó y falló el asunto en su reunión de 16 de noviembre de 2021.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto de la presente resolución y pretensiones de la recurrente

1. Objeto del recurso

En la presente Resolución esta Sala de Competencia deberá pronunciarse sobre el recurso interpuesto por CORREOS contra el acuerdo de la Dirección de Competencia (DC) de 14 de septiembre de 2021, en el marco del expediente S/DC/0041/19 CORREOS 3, que deniega el inicio de la terminación convencional del expediente. La denegación recurrida se fundamenta, en síntesis, en los siguientes motivos:

- Desde un punto de vista formal, la DC considera que la presentación de la solicitud de terminación convencional el último día para formular las alegaciones al PCH, aunque se haya producido nominalmente dentro del plazo legalmente establecido, impide valorar positivamente esta petición como una forma de ahorro de trámites de instrucción que posibilite una rápida implementación de los remedios a la situación de restricción de la competencia.
- Desde un punto de vista sustantivo, y más relevante a su juicio, la DC considera (i) que la conducta que se investiga ha tenido efectos irreversibles que han afectado a una parte muy significativa del mercado y durante un período prolongado de tiempo, a los que la terminación convencional no puede poner remedio; (ii) que CORREOS ha sido sancionada previamente por conductas similares a las investigadas en este expediente, habiéndose declarado expresamente una infracción de abuso e, incluso, el incumplimiento de un acuerdo de terminación convencional previo; (iii) que los compromisos ofrecidos por CORREOS no son adecuados ni suficientes para posibilitar la terminación convencional del expediente, pues tanto la eliminación del modelo de descuentos que habría dado lugar a la fidelización como el diseño de un nuevo sistema acorde con la competencia serían consecuencias inherentes a la eventual resolución sancionadora que se adopte y (iv) que, dada la recurrencia de la conducta anticompetitiva de CORREOS en su política de descuentos a grandes clientes, la no continuación del procedimiento sancionador podría poner en riesgo la eficacia y el carácter disuasorio de la normativa de competencia.

2. Pretensiones de la recurrente

CORREOS pretende que se declare la nulidad del acuerdo recurrido y se retrotraigan las actuaciones a la fecha de dicho acuerdo, dictándose en su lugar acuerdo de iniciación de actuaciones tendentes a la terminación convencional.

Adicionalmente, solicita, con arreglo al artículo 117.2 de la Ley 39/2015, que se suspenda cautelarmente la ejecutividad del acuerdo recurrido, así como la tramitación del expediente sancionador S/DC/0041/19 CORREOS 3.

3. Motivos del recurso.

La recurrente alega que el acuerdo recurrido le produce indefensión dado que no cumple con la exigencia de motivación recogida en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (cita las STS de 24 de septiembre de 2015, 5 de octubre de 2015 y 16 de noviembre de 2018), y en la propia Comunicación de la extinta CNC de 28 de septiembre de 2011, puesto que la DC no motiva ni la inaptitud del expediente para terminarse convencionalmente, ni la falta de adecuación de los compromisos presentados.

A juicio de CORREOS, las decisiones y valoraciones hechas por la DC han estado condicionadas y sesgadas por la existencia de dos expedientes sancionadores previos frente a CORREOS, que fueron resueltos en 2004 y 2005, por tanto, el acuerdo recurrido le produce también indefensión, por falta de motivación, y por encontrarse condicionado por unos hechos ya sancionados (infracción del principio non bis in idem), atentando contra el principio de presunción de inocencia.

4. Informe de la DC.

Frente a lo alegado por la recurrente, la DC considera en su informe de 30 de septiembre de 2021 que el acto objeto de recurso no cumple con los requisitos exigidos por el artículo 47 de la LDC, para ser considerado como acto recurrible.

Adicionalmente, la DC entiende que no procede considerar la suspensión cautelar de la ejecutividad del Acuerdo recurrido ni la suspensión de la tramitación del expediente sancionador, tal como solicita CORREOS en su escrito de recurso.

La DC precisa sobre la recurribilidad del acuerdo impugnado que *“la terminación convencional no es un derecho subjetivo de las empresas presuntamente infractoras, de manera que cualquier iniciativa puede ser rechazada por la CNMC con arreglo al artículo 52 de la LDC y al artículo 39 del RDC, previa valoración*

de todas las circunstancias concurrentes y sin perder de vista que la prioridad es preservar la competencia de los mercados”, de modo que la Administración no tiene la obligación de “aceptar la solicitud de inicio del procedimiento de terminación convencional, sino que se trata de una potestad discrecional, en este caso de la CNMC, sin que una eventual denegación motivada genere indefensión”.

En cuanto a la alegación de indefensión por ausencia de motivación del Acuerdo recurrido, la DC señala que en ausencia de jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo que determine qué criterios concretos deben analizarse para considerar que un acuerdo de denegación de la terminación convencional está suficientemente motivado, el cumplimiento de la exigencia de motivación deberá analizarse caso por caso. En este sentido, la DC considera que el acuerdo de denegación se pronuncia sobre todos y cada uno de los elementos jurisprudenciales invocados por CORREOS en su recurso y que, por tanto, justificaron la denegación; en particular, el momento procesal, los compromisos, la naturaleza de la práctica imputada y la afectación.

Respecto a la alegación de CORREOS del carácter sesgado de la decisión de la DC, por la existencia de dos expedientes sancionadores previos frente a CORREOS, la DC recuerda que conforme al párrafo 23 de la Comunicación sobre Terminación Convencional, por norma general no se acordará la terminación convencional cuando el presunto infractor haya sido declarado responsable de una práctica prohibida por conductas similares o cuando hubieran sido parte de una terminación convencional previa por prácticas similares.

Por último, la DC afirma que tampoco es posible apreciar que la denegación de la terminación convencional contenida en el acuerdo impugnado pueda ocasionar indefensión a la recurrente pues forma parte de un trámite dentro del procedimiento sancionador, que continuará su tramitación con el habitual respeto a todas las garantías procesales y, en consecuencia, no puede considerarse como un acto administrativo generador de indefensión.

5. Alegaciones de la recurrente al informe de la DC.

En su escrito de alegaciones al informe de la DC, formulado tras el correspondiente acceso al expediente, CORREOS rechaza las argumentaciones de la DC, insistiendo en la ausencia de motivación del acuerdo recurrido, el cual le coloca en situación de indefensión.

SEGUNDO.- Naturaleza del recurso interpuesto.

Antes de analizar las concretas pretensiones del recurrente, resulta necesario aclarar la naturaleza del recurso sobre el que se dicta la presente resolución.

Al respecto, tal y como señala la recurrente, el artículo 47 de la LDC prevé la posibilidad de interponer recurso administrativo contra las resoluciones y actos dictados por el órgano de instrucción, estableciendo que *"Las resoluciones y actos dictados de la Dirección de Investigación que produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos serán recurribles ante el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia en el plazo de diez días"*.

El artículo 47 de la LDC regula el recurso administrativo contra las resoluciones y actos dictados por la DC que produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos.

Como advierte la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 2013, los motivos de impugnación frente a actuaciones de la DC deben estar basados únicamente en la indefensión o el perjuicio irreparable que los actos recurridos puedan causar a derechos o intereses legítimos, y no en ningún otro motivo: *"En efecto, la vía a través de la cual es posible la impugnación "anticipada" de las resoluciones y actos dictados por la Dirección de Investigación es precisamente, en la nueva Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, la establecida en su artículo 47.1, esto es, el recurso (interno) frente a unas y otros ante el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia. Pero no se trata de una vía que abra la posibilidad a cualquier impugnación y por cualquier motivo sino exclusivamente la de aquellos actos o resoluciones a los que se impute haber causado indefensión o provocar "perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos"*.

Como aclara la Audiencia Nacional en sentencia de 18 de mayo de 2011: *"El Tribunal Supremo en múltiples sentencias en las que se interpreta la aplicación supletoria de la Ley 30/1992 al procedimiento administrativo de Defensa de la Competencia (entre otras las sentencias de 26-IV-2005, 11-X1-2005 y 24-15 2006) ha establecido que la supletoriedad de dicha ley en relación con la Ley de Defensa de la Competencia significa que es aplicable en lo que sea compatible con la naturaleza de los procedimientos regulados en la LDC"*.

Asimismo, la Resolución de 16 de julio de 2009 de la Comisión Nacional de la Competencia (Expte R/0022/09, PELUQUERÍA PROFESIONAL) ya especificó que *"los procedimientos administrativos en materia de defensa de la competencia se rigen por lo dispuesto en la LDC y su normativa de desarrollo y, supletoriamente, por la Ley 30/1992, siendo el artículo 47 de la LDC el que*

establece la regulación del recurso administrativo contra las resoluciones y actos dictados por la DI". Deben estas referencias entenderse ahora hechas a la precitada Ley 39/2015 (LPACAP)

No se trata pues, de uno de los recursos regulados en la LPACAP, sino del único recurso administrativo previsto por la LDC contra los actos dictados por el órgano instructor en materia de defensa de la competencia.

El análisis del presente recurso debe partir de la premisa de que la terminación convencional no se configura, ni normativa ni jurisprudencialmente, como un derecho de las empresas presuntamente infractoras, sino que tiene una naturaleza discrecional, toda vez que corresponde a la Comisión, a través de la Dirección de Competencia, valorar ab initio si concurren circunstancias objetivas que justifiquen su tramitación, y que tienen como objetivo satisfacer el interés general y restaurar la competencia en los mercados analizados, no responder al interés particular de los que presuntamente han cometido prácticas prohibidas.

TERCERO.- Inadmisión del recurso por ausencia de los requisitos del artículo 47 de la LDC.

Conforme a lo señalado en el artículo 47 de la LDC, la adopción de una decisión respecto del recurso interpuesto por CORREOS supone verificar si el acuerdo de la DC de 14 de septiembre de 2021 es susceptible de ocasionar indefensión o perjuicio irreparable a la recurrente, únicos motivos válidos para sustentar la impugnación del acuerdo.

1. Inexistencia de indefensión

Respecto a la posible existencia de indefensión, CORREOS alega que la falta de motivación del acuerdo recurrido le produce indefensión y que conforme al artículo 24 de la Constitución Española, tiene un derecho subjetivo a obtener una respuesta motivada a su solicitud de terminación convencional.

El Tribunal Constitucional ha declarado que para que cualquier irregularidad tenga incidencia en el artículo 24.1 CE ha de estar vinculada a una situación de indefensión material, que impida efectivamente el ejercicio del derecho de defensa¹

En relación con la revisión de las decisiones de denegación del inicio de terminaciones convencionales, nuestra jurisprudencia ha interpretado

¹ Así lo recoge la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 2018, recurso de casación 449/2016, precisamente al analizar el requisito de la indefensión en el marco del artículo 47 de la LDC.

restrictivamente el requisito de indefensión que habilita la admisión de los recursos del artículo 47 de la LDC.

El Tribunal Supremo ha reiterado en sus pronunciamientos² sobre la cuestión que la decisión de acordar el inicio de una terminación convencional es una facultad discrecional de la Dirección de Competencia que sólo podrá reputarse arbitraria, y generadora de indefensión, cuando no se cumplan con las exigencias mínimas de motivación.

En concreto, la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de octubre de 2015, recurso de casación 3250/2013, señala que

“[...] la facultad de la Dirección de Investigación para proponer la iniciación del procedimiento de terminación convencional de un expediente sancionador, incoado por la presunta comisión de una infracción del Derecho de la Competencia, tiene naturaleza discrecional, advirtiendo que ello no excluye que para evitar que se produzca indefensión, la decisión del órgano instructor deberá «cumplir la exigencia de la motivación», puesto que en el supuesto enjuiciado se aprecia que la Directora de Investigación ha cumplido con dicha exigencia legal, ya que expone las razones de carácter formal y sustantivas que justificaron la denegación de la solicitud formulada por la Asociación de Artistas Intérpretes Sociedad de Gestión (AISGE), lo que le permite concluir que no puede tacharse la decisión administrativa impugnada de arbitraria.”

Por otro lado, la Audiencia Nacional³ ha establecido con claridad que no existe un derecho subjetivo del interesado a la terminación convencional, susceptible de ser tutelado en vía de recurso, sino que aquél sólo tiene derecho a solicitarla y a obtener una respuesta motivada a su solicitud.

Dispone la Sentencia de la Audiencia Nacional de 4 de noviembre de 2020, recurso 198/2015, lo que sigue:

*“[...] Hemos también de descartar la indefensión por cuanto la negativa a la terminación convencional debe considerarse un trámite dentro del procedimiento de infracción, que continuará su tramitación con el habitual respeto a todas las garantías procesales y en consecuencia, no puede considerarse como un acto administrativo generador de indefensión”
“[...] La recurrente tiene derecho a formular la solicitud y a que dicha solicitud tenga respuesta por parte de la Administración, tal y como en este caso acontecía, pero no tiene derecho a obligar a la Administración a incoar el expediente de terminación convencional, facultad legalmente reservada a la Administración habida cuenta que el objetivo de este expediente es*

² Sentencias del Tribunal Supremo de 16 de noviembre de 2018, recurso de casación 2781/2016, o de 5 de octubre de 2015, recurso de casación 3250/2012.

³ Sentencias de la Audiencia Nacional de 26 de enero de 2016, recurso 164/2013; de 14 de julio de 2016, recurso 312/2013 y de 4 de noviembre de 2020, recurso 198/2015.

satisfacer el interés general, que no el interés particular de los que presuntamente han realizado las prácticas prohibidas".

De la doctrina jurisprudencial expuesta se desprende que ni el Consejo ni las sucesivas instancias jurisdiccionales pueden obligar a la DC a acordar el inicio de una terminación convencional. El recurso del artículo 47 de la LDC únicamente será admisible cuando se aprecie que la DC no ha dado una respuesta motivada a la solicitud presentada, de suerte que el interesado no ha conocido las razones de la denegación y ha visto disminuido por ello su derecho de defensa.

En el presente caso, esta Sala considera que hubo una motivación suficiente, pues se detallaron las razones por las que la DC entendía que en seno del procedimiento S/DC/0041/19 CORREOS 3, no procedía el inicio de actuaciones tendentes a la terminación convencional.

Entre los motivos de denegación exteriorizados por la DC se alude expresamente al incumplimiento previo por parte de la recurrente de los términos de una terminación convencional. Este incumplimiento, según se expone, dio origen a la imposición de una sanción, que fue confirmada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de junio de 2018, recurso de casación 1652/2016⁴.

Adicionalmente, la denegación se motiva en otras razones de índole sustantiva, como la apreciación por la DC de que los efectos de la conducta infractora serían irreversibles y no salvables con los compromisos de una terminación convencional; la existencia de procedimientos sancionadores previos contra CORREOS por conductas similares y la falta de adecuación o suficiencia de los compromisos concretos ofrecidos por CORREOS⁵.

También se apuntan en el acuerdo recurrido motivos de índole formal, como el avanzado estado del expediente y el escaso efecto útil procedimental que tendría la tramitación de la terminación convencional en el momento de la solicitud, con el consiguiente menoscabo a la garantía del interés público reclamada por el artículo 52 de la LDC.

⁴ En concreto, en la Sentencia citada en el acuerdo recurrido se alude al incumplimiento culpable por parte de CORREOS del acuerdo de terminación convencional, cuando se dice que *"No cabe aceptar, por tanto, que la demandante haya actuado en todo momento plenamente persuadida de que su conducta era conforme al Acuerdo de Terminación Convencional"*.

⁵ Estos motivos son, por otro lado, coherentes con los aspectos sustantivos referidos en la [Comunicación sobre terminación convencional de expedientes sancionadores elaborada por la Comisión Nacional de la Competencia](#) que, por norma general, no harían aconsejable el inicio de una terminación convencional por el órgano de instrucción (párrafo 23 de la Comunicación).

Esta Sala, a la vista de la motivación del acuerdo recurrida, considera que la DC ha satisfecho las exigencias de motivación y que la recurrente pudo conocer las razones que condujeron al órgano competente a no iniciar la terminación convencional. La mera denegación de la terminación convencional no constituye, ha de insistirse, una causa de indefensión que ampare la admisión del recurso del artículo 47 de la LDC. Máxime cuando en este caso se han respetado los derechos procedimentales del interesado en relación con la terminación convencional, es decir, la presentación de la solicitud y la obtención de una respuesta motivada en el caso de denegación de su inicio.

2. Inexistencia de perjuicio irreparable

En cuanto al segundo de los requisitos exigidos por el artículo 47 de la LDC para que pudiera prosperar el recurso, esto es, la existencia de un perjuicio irreparable, la recurrente no ha invocado ni, menos aún, acreditado la concurrencia de dicho requisito ni en su recurso ni en el escrito de alegaciones complementarias.

El Tribunal Constitucional viene entendiendo por perjuicio irreparable “*aquel que provoque que el restablecimiento del recurrente en el derecho constitucional vulnerado sea tardío e impida su efectiva restauración*” (por todas, ATC 79/2009, de 9 de marzo de 2009).

Como hemos visto a lo largo de la presente resolución la denegación por parte de la DC del inicio de las actuaciones tendentes a la terminación convencional no pone fin de manera definitiva al expediente sancionador S/DC/0041/19 CORREOS 3, que seguirá su curso sin que pueda adelantarse en este momento cuál será su resolución definitiva, por lo que no cabe tampoco apreciar la existencia del requisito de perjuicio irreparable que exige el artículo 47 de la LDC.

Por todo ello, no reuniendo los requisitos exigidos por el artículo 47 de la LDC, esta Sala entiende que el recurso examinado en la presente resolución debe ser inadmitido.

En su virtud, vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, la Sala de Competencia

III. RESUELVE

ÚNICO.- Inadmitir el recurso presentado por SOCIEDAD ESTATAL CORREOS Y TELÉGRAFOS, S.A, S.M.E. contra el acuerdo de la Directora de Competencia de la CNMC de 14 de septiembre de 2021 de denegación del inicio de las actuaciones tendentes a la terminación convencional en el ámbito del expediente

S/DC/0041/19 CORREOS 3, dada la ausencia de indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos de la recurrente.

Comuníquese esta resolución a la Dirección de Competencia y notifíquese al interesado, haciéndole saber que la misma pone fin a la vía administrativa y que puede interponer contra ella recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación.